

El principio de división de poderes puesto en crisis a partir del fallo de la C.S.J.N “García María Isabel”. La retención del impuesto a las ganancias en los haberes previsionales y su inconstitucionalidad en tiempos de COVID-19

Por María José Vicente, Jefa de Despacho del Juzgado Federal de Moreno.

TEMARIO

- 1.- Conflicto competencial del fuero federal de la Seguridad Social en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 79 inc. c) de la Ley N° 20.628.t.o en 1997, modificado por decreto 824/2019, artículo 82.
- 2.-Requisitos y características esenciales para determinar la afectación del impuesto a las ganancias en los haberes previsionales y determinar la inconstitucionalidad del art. 79 inc c) de la Ley N°20.628, modificado por decreto 824/2019, artículo 82.
- 3.- El principio de división de poderes puesto en crisis.
- 4.- Conclusiones y soluciones posibles en tiempos de COVID- 19

1.- Conflicto competencial del fuero federal de la Seguridad Social en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 79 inc. c) de la Ley N° 20.628.t.o en 1997, modificado por decreto 824/2019, artículo 82.

El fuero federal restrictivo y de excepción resulta ser competente para resolver los casos en los cuales se cuestiona la inconstitucionalidad de los arts.1, 2 y 79 inc. c) de la Ley N°20.628 t.o en 1997 y sus modificaciones, más precisamente en cuanto a la retención del impuesto a las ganancias en los haberes previsionales, toda vez que la accionada, la Administración Federal de Ingresos Públicos -AFIP- es un ente descentralizado del Estado que actúa como agente recaudador y porque además se encuentran en juego garantías constitucionales consagradas en el art. 14 bis, 16, 17 y 31 de la CN, principios de la seguridad social y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Cabe destacar que **el art. 3 de la ley 48** así lo dispone, en tanto establece que los juzgados federales serán competentes, “...*Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.*” Asimismo, el artículo 5 del CPCCN dice

que: “...*La competencia se determinará por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda y no por las defensas opuestas por el demandado...*”

En este aspecto, en un viaje hacia el pasado y en materia previsional puedo decir que existieron y existen algunas contradicciones entre la legislación argentina y la C.S.J.N para determinar qué índice de movilidad de las prestaciones previsionales era y es considerado el más aplicable o justo a lo largo del tiempo, conforme a las Leyes N°18.037 y N° 24.241 (*véanse fallos “Chocobar”, “Sanchez”, Ley de presupuesto, “Badaro”*) y en cuanto al índice para la actualización de las remuneraciones (*véase caso Eliff*), en donde se estableció que el índice más justo o aplicable no era el de la Ley N°24.241, sino el Índice del Salario Básico de la Industria y de la Construcción- ISBIC-.(Del peón de la industria) .

En el reciente fallo “*Blanco*” la CSJN vuelve a ratificar dicho índice para actualizar las remuneraciones, remitiendo en el mismo al caso “*Eliff*” y contradiciendo nuevamente el índice aplicado en la Ley N° 24.241, recientemente modificada por la Ley N° 27.426.

En igual sentido, el Máximo Tribunal con relación a la inconstitucionalidad de la aplicación del impuesto a las ganancias en las jubilaciones fue contradiciendo lo dispuesto por el Congreso Nacional pero, en este caso, con una legislación que aún no ha sido modificada y que es necesario que ello suceda conforme a una realidad dinámica social inevitable (*véanse fallos, “Candy”, “Cuesta”, “Dejeanne”, “Calderale” y “García María Isabel”*) que analizaremos más adelante.

No hay duda que la competencia es federal, a raíz de los diferentes tratamientos que la C.S.J.N ha realizado con relación a la temática que nos ocupa.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando estos planteos llegan al Fuero de la Seguridad Social, ya sea en forma directa, a través de un amparo o de una acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, o bien en forma indirecta, mediante uno de los planteos en un reajuste de haberes como parte integrante del objeto de demanda?

Actualmente, en el fuero de la Seguridad Social, si se plantea en forma directa, de diez juzgados federales que lo integran, nueve de ellos se declaran incompetentes por entender que no corresponde tratarlos en dicho fuero, dada la naturaleza tributaria de la pretensión, art. 5 CPCCN y por los antecedentes jurisprudenciales tales como: “*Kleiman Nestor Joge y otros, C/ Afip / DGI*” del 5/07/2018, Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, C.S.J.N “*Alcaraz, Gonzalez Virginia y otros c/ EN-ME Y OTROS s/ Amparo*”, “*Valmaggia Anibal*”, Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Además, se analiza dentro de los argumentos, que la causa versa sobre contribuciones nacionales a las que se refiere el art. 45 inc. b) de la Ley N° 13. 998 y que la competencia del fuero de la seguridad social es

restrictiva, específica, de excepción y así lo dispone en forma taxativa la Ley N° 24.655 en sus arts. 2 y 3.

Por ello, los nueve juzgados de seguridad social coinciden en que la competencia pertenece a la Justicia Contencioso Administrativo Federal (Véanse fallos: **JFSS N°1** EXPTE N° 33564/2019; **JFSS N° 2** Expte N°28221/2019; **JFSS N° 4** EXPTE. N° 29873/2019; **JFSS N° 5** EXPTE N° 36407/2019; **JFSS N° 6** 27763/2019; **JFSS N° 7** EXPTE.N° 29876/2019; **JFSS N° 8** EXPTE N° 50342/2019; **JFSS N° 9** 50343/2019 y **JFSS N° 10** EXPTE N°50873/2019), entre otros.¹

Aquí surge, a mi entender, la primera contradicción en cuanto a la competencia y jurisprudencia citada por el fuero de la seguridad social, toda vez que, si bien estas jurisdicciones se declaran incompetentes para entender en la retención del impuesto a las ganancias en el haber previsional, por el otro lado, la Cámara Federal de la Seguridad Social, compuesta por tres salas, considera competente al mismo en cuanto a las retroactividades conseguidas en los juicios de reajustes previsionales, ejemplo de ello son los fallos: “*Castañeira Darma Emilia c/ Anses s/ Ejecución previsional*” Sala I del 11/10/2007² y “*Galliano Gregorio*” del 4/04/2008 Sala I³; “*Vicente Elisa Nelida c/ Anses s/ Ejecución previsional*” del 26/02/2010, Sala II⁴ y “*Macri Francisco c/ Anses s/ Ejecución previsional*” del 28/12/2009 Sala III⁵, entre otros, en los cuales resolvieron que, no corresponde que se le deduzca ganancias al beneficiario de los intereses que surgen de la liquidación aprobada en el juicio, puesto que son accesorios de una deuda que tuvo el Estado con el trabajador y que éste no puede verse perjudicado en el resultado final del pleito, en la medida en que esa consecuencia se debió a un mal cálculo por parte del órgano estatal en su haber previsional y en la movilidad de la prestación, y porque la misma norma en su art. 20 inc. i) y v) dice que: “...*están exentos del gravamen, los intereses reconocidos en sede judicial o administrativa como accesorios de créditos laborales (...)*” y “*los montos provenientes de actualizaciones de créditos de cualquier origen o naturaleza*”.⁶ Por ello, en el fallo plenario de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta “*Corrales María del Carmen c/ Anses s/ reajustes varios*” se dijo que: “... *el cobro de un impuesto sin ley que lo autorice es un despojo que viola el derecho de propiedad. La creación de impuestos es facultad exclusiva del Poder Legislativo y no es lícito, desde el punto de vista constitucional, aplicarlos a objetos u operaciones no gravados por la ley (Sala II “Margariños Juan Carlos (TF 22360-I) c/DGI”, 5/06/2008).*”⁷

Mismo criterio es adoptado por las tres Salas de la Cámara Federal de la Seguridad Social, cuando resuelven la inaplicabilidad de la “*Ley del Impuesto a las Ganancias*” sobre las retroactividades adeudadas judicialmente en concepto de intereses.

Por otro lado, en cuanto a la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias en el haber previsional, lo hizo la Sala I en la causa *“Pagani Pedro José c/ ANSES s/ dependientes: otras prestaciones”* (punto IV- d), de fecha 22 de diciembre de 2008 y la Sala II el 16/05/2017 en autos *“Calderale Leonardo Gualberto c/ Anses s/ reajustes varios”*.⁸

Ahora bien, la Sala III de la Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social coincide con las otras dos salas en autos *“Ferrer Miguel Alberto c/Anses s/ Reajustes varios”* del 17/05/2019 pero, en este caso, vamos a transcribir el voto de la minoría que interpretó lo siguiente: *“El descuento por impuesto a las ganancias, tratándose de una materia impositiva, estimo que su procedencia o no excede el ámbito de la seguridad social y pasa a ser competencia, a nivel judicial, del fuero Contencioso Administrativo Federal. En estos casos, la A.N.S.E.S actúa como agente de retención, por lo cual tales reclamos han de iniciarse ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, dentro de un procedimiento específico normado por la ley 11.683 y sus posteriores modificaciones.”*⁹

Ante esto, a la primer conclusión a la que arriba es que, el fuero federal de la seguridad social al asumir la competencia expresamente en cuanto a que los intereses adeudados no tributan ganancias, es decir, en las retroactividades, la asume tácitamente en los haberes previsionales, porque el agente de retención del impuesto en uno u otro caso es el mismo, y si bien en uno es la excepción en cuanto a los accesorios tal como lo dispone el art. 20 inc. v) de la Ley N° 20.628 t.o en 1997 (hoy art. 26 inc. i) del decreto 484/2019) y la regla sería que tribute conforme el art. 79 inc. c) (hoy art. 82) de dicha norma, si el fundamento radica en el sujeto demandado y en materia tributaria, al menos parecería ser *prima facie* un tanto débil la argumentación de incompetencia aludida por los diferentes juzgados de primera instancia de seguridad social al adherir a la minoría de lo resuelto en la Sala III en causa *“Ferrer”* antes mencionada. Más aún teniendo en cuenta que, las tres Salas se han expedido al respecto y en uno u otro caso, la Administración Nacional de la Seguridad Social, actúa como agente de retención de dicho tributo y la Administración Federal de Ingresos Públicos como agente recaudador.

Es por eso que, entiendo que la solución dada por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta en el fallo *“Corrales”*, es la correcta, a fin de evitar más litigiosidad de la existente.

Por último, cabe concluir que las tres salas que integran la Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social están de acuerdo en que la competencia pertenece al fuero de la seguridad social, tanto en las retroactividades como en los haberes previsionales, sin embargo, nueve de diez juzgados siguen adhiriendo al voto de la minoría de la Sala III, en la causa *“Ferrer”*, antes mencionada.

2.-Requisitos y características esenciales para determinar la afectación del impuesto a las ganancias en los haberes previsionales y determinar la inconstitucionalidad del art. 79 inc. c) de la Ley N° 20.628 (artículo 82 según modificación del decreto 824/2019)

En este aspecto y en el tema que nos convoca diré que, en cuanto a la interposición de demandas contra la Administración Federal de Ingresos Públicos, lo que se pretende con ellas es que se declare la inconstitucionalidad de la aplicación del impuesto a las ganancias en los haberes previsionales y que de esa manera cese el estado de incertidumbre que generó el nuevo fallo dictado recientemente por la CSJN “*García María Isabel c/ AFIPs/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*” Expte. N°17789/15 del 26/03/2019, toda vez que la aplicación de los arts. 1, 2 y 79 inc. c) de la Ley N° 20.628 t.o en 1997 (hoy artículo 82 Decreto 824/2019) cuestionados, generaría en los beneficiarios una lesión, una restricción, una amenaza o una arbitrariedad manifiesta en las garantías consagradas en los arts 14 bis, 16, 17 y 31 de la Constitución Nacional, art. 26 de la Convención Americana, art. 16 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 9 del Pacto Internacional de de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁰

Este argumento es desterrado por la Administración Federal de Ingresos Públicos- AFIP-, por considerar que ese estado de incertidumbre no es tal, al entender que dicha normativa fue dictada por el Congreso Nacional conforme el procedimiento para la sanción de las leyes dispuesto por la ley suprema y que la misma goza de legitimidad, en tanto fue sancionada por el Poder Legislativo en uso de sus facultades reglamentarias.

Ahora bien, el art. 79 inc. c) de Ley N° 20.628 t.o en 1997 (hoy art 82 conforme Decreto 824/2019) dice que tributan ganancias todas las jubilaciones y pensiones, pero lo cierto es que dicho impuesto alcanza a haberes mensuales que superen el mínimo no imponible equivalente a seis jubilaciones mínimas, vigentes para cada mes. Esto quiere decir que quien no supere ese mínimo no imponible equivalente a \$95.346,78 como haber jubilatorio calculado al mensual Marzo del año 2020 no se encuentra alcanzado por dicho impuesto.¹¹

Ante esto diré que, si bien muchas veces podemos encontrarnos con un haber previsional que supere la cuantía que determina la legislación aplicable, ello solo no basta para que la aplicación de esa ley, en el caso, supere el test de constitucionalidad. Es que a la luz de reiterados fallos jurisprudenciales de la CSJN, “*Candy*”, “*Cuesta*”, “*Dejeanne*”, “*Calderale*”, “*García María Isabel*”, podemos clasificar una serie de requisitos que nuestro más Alto Tribunal ha ido exigiendo para el análisis de la razonabilidad de la ley en cada caso en concreto.

Así podemos determinar que se ha exigido como requisitos esenciales:

- 1) Que el descuento en concepto de impuesto a las ganancias provoque un menoscabo tal en el haber previsional que ponga en peligro la subsistencia del beneficiario/a.¹²
- 2) Que exista un estado de vulnerabilidad, más allá de la edad, ya sea por la cantidad de gastos en medicamentos en donde se deberán acompañar los comprobantes de pago correspondientes, como así también si la persona tiene una discapacidad, acompañe el certificado de discapacidad.¹³
- 3) Acompañar los recibos de haberes de los últimos doce meses y detallar en forma pormenorizada en qué porcentaje ese descuento afectó el haber previsional.¹⁴

Por otro lado, las características y garantías principales que albergan a la seguridad social se encuentran consagradas en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, **“el haber previsional debe ser integral e irrenunciable”**.

Recordemos el concepto de integral por la Real Academia Española significa lo siguiente: **“Que comprende todos los elementos o aspectos de algo.”**¹⁵

Integralidad de las prestaciones significa que el haber previsional debe cubrir las contingencias, las necesidades que el sujeto pasivo padece por haber dejado la actividad laboral, ya sea por vejez, por invalidez o por muerte, para que tanto el jubilado/a y pensionado/a no queden desprotegidos. Integral en materia previsional es sinónimo de cobertura de las contingencias antes reseñadas, es una especie de seguro estatal para asegurar la subsistencia del beneficiario o beneficiaria.

Entendida la seguridad social como el objetivo a cumplir, el fin por parte del Estado, y el seguro social, como el medio para su logro.¹⁶

Ahora bien, ¿el descuento del impuesto a las ganancias en los haberes previsionales, vulnera el principio de integralidad antes referenciado?

En este sentido, la CSJN el 15/06/2012 en el fallo **“Betancur José c/ Anses S/ reajustes varios” Expte. N° 103112/08** rechazó el recurso extraordinario presentado y confirmó de ese modo la sentencia de la Sala III del Fuero Federal de la Seguridad Social del 19/10/2010 en donde se resolvió que : **“... la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos, es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficiarios de la seguridad social y de la íntima vinculación que guardan las prestaciones aseguradas al trabajador con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio...”**. Aquí se sostuvo que el haber previsional era integral si ello reflejaba al menos el 70 % de lo que hubiese percibido en actividad.¹⁷

Posteriormente, el Máximo Tribunal ha dado un vuelco en la jurisprudencia al consagrar en la causa **“Benoiest Gilberto c/ Anses s/ previsional Ley 24463”**, del 12/06/2018 en el considerando 8) los siguiente: **“Que en la ley 24.241, por el**

contrario, no resulta necesaria la existencia de un porcentual para calcular el monto del beneficio, sino que este surge del empleo de las normas que regulan sus distintos componentes. De tal modo, el régimen vigente no se basa en una tasa de sustitución expresa y aplicable a todos los beneficiarios sino que esa relación entre ingresos y prestaciones surge implícita de los cálculos realizados y varía según la cantidad de servicios con aportes que hubiere acreditado cada peticionario y del nivel de las remuneraciones percibidas.”

Luego la Sala II del fuero de la Seguridad Social el 19/09/2018 se expreso en la causa N° 79740/2014 Autos: **“Hartmann Gabriel Leonidio c/ Anses s/Reajustes varios”** de la siguiente manera: **“...En el caso de que el haber inicial del actor, calculado conforme a los parámetros de esta sentencia, fuera inferior al 70 % del promedio de las últimas ciento veinte remuneraciones actualizadas, el organismo demandado deberá reconocer y sufragar al actor la diferencia correspondiente hasta alcanzar este porcentaje mínimo. A partir de allí, se aplicarán las pautas de actualización ordenadas en la sentencia; ...”**¹⁸

Hasta aquí hablamos de integralidad del haber previsional como característica esencial y cómo el Alto Tribunal fue definiéndola, esto nos sirve de parámetro para determinar el estado de vulnerabilidad y para saber si afecta o no la subsistencia del beneficiario/a.

Ahora hablaremos de otro de los requisitos que hemos enumerado y es el de la confiscatoriedad en cuanto a los haberes previsionales y en cuanto al impuesto a las ganancias para visibilizar el criterio adoptado por la CSJN en ambos temas. Si hablamos de haberes previsionales diremos que la CSJN en el caso **“Actis Caporale”** y posteriormente el Expediente N° 90052/2012 Autos: **“Cichero Cristina c/ Anses s/Reajustes varios”** del 26/12/2017 dijo lo siguiente: **“...En virtud de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dispuso que la merma en el haber previsional resulta confiscatoria cuando excede el 15% (v. “Actis Caporale, Laureano”; Fallo: 323:4216), corresponde declarar la inconstitucionalidad del art.25 de la Ley 24.241 en la medida que se compruebe que el organismo demandado actualizó las remuneraciones nominales sobre la base imponible máxima prevista en el art. 9 de la Ley 24.241 y que la aplicación de este límite produce una diferencia mayor al 15%...”**¹⁹, es decir que, una merma del 15 % entre dichos haberes resulta confiscatorio y atenta contra la garantía constitucional consagrada en el art. 14 bis de la CN, por cuanto deja de ser móvil ese haber previsional, al no verse reflejado el esfuerzo contributivo del haber si con la aplicación de los topes deja de ser integral y no se garantiza la subsistencia del beneficiario o beneficiaria.

En cuanto a el porcentaje o requisito de confiscatoriedad del impuesto a las ganancias el Alto Tribunal con fecha 03/07/2009 dijo lo siguiente en los Autos **“Candy S.A. c/ AFIP y otro s/ Acción de amparo” Considerando 7º)**; **“...Al respecto, se ha señalado de manera invariable que, para que**

la confiscatoriedad exista, debe producirse una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital (Fallos: 242:73 y sus citas; 268:56; 314:1293; 322:3255, entre muchos otros)... ”²⁰ (cabe aclarar que si bien el fallo versa sobre ajustes inflacionarios, se comparó con la ley de ganancias y se fija esta pauta de confiscatoriedad)

Tanto a las jubilaciones como a las pensiones se les debe garantizar un piso mínimo, que les permita gozar al beneficiario/a de su vida en plenitud, más aún, teniendo en cuenta el grave estado de vulnerabilidad en el que se encuentran los jubilados y jubiladas, pensionados y pensionadas, a lo largo de la historia Argentina.

Esto va íntegramente relacionado con la segunda característica que nos ocupa que es la **irrenunciabilidad** de los derechos previsionales y, en este sentido diré que, si en un reajuste previsional ha recaído cosa juzgada por un determinado período de tiempo objeto de litigio, no significa que, si esa misma normativa por un periodo posterior perjudica o resulta no ser integral para el beneficiario, es decir, si ese haber no cubre al día de hoy las contingencias por la cual tuvo su origen, tengo derecho como beneficiario a volver a reclamar por un periodo posterior en donde no recayó cosa juzgada y que por consiguiente es un derecho al cual no renuncie y no es presumible ningún tipo de renuncia o desistimiento de ningún derecho, ante una garantía constitucional que así lo dispone.

En este sentido se ha expresado el Alto Tribunal en la causa **“Quiroga Carlos Alberto C/ Anses S/ Reajustes varios”** del 11 / 11 / 2014 al decir lo siguiente : Considerando 9) **“...la Consititución Nacional reconoce el carácter de integral de todos los beneficios de la seguridad social(fallos 328:1602 y 2833), aspecto del que es parte esencial la correcta fijación del monto inicial de los haberes, pues de otro modo no podría mantenerse una relación justa con la situación de los activos.”²¹**

En este fallo se decidió que, aún con sentencia firme y habiendo recaído cosa juzgada, si uno de los componentes que integran la prestación previsional conforme la Ley N° 24.241, es decir, la Prestación Básica Universal- PBU- no había sido actualizada con los índices correspondientes, tal como lo expresamos anteriormente -ISBIC-, correspondía su actualización, por entender que atentaba con el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Por lo que obligó a la Administración Nacional de la Seguridad Social- ANSES- a que lo hiciera, siguiendo la doctrina del fallo Tudor, publicado en Fallos: 327: 3251, considerandos 8, 9 y 10.

Por otro lado, si de integralidad y de irrenunciabilidad se trata, el doctrinario **Carlos Alberto Etala** dijo lo siguiente: **“...si la integralidad es considerada como un fenómeno expansivo de la seguridad social de tipo vertical– o sea relativo a las contingencias cubiertas- puede entenderse que la cláusula en examen contiene implícitamente el mismo criterio en forma**

horizontal, o sea el principio de universalidad, según el cual el sistema de la seguridad social debe proteger a toda la población..."²²

Asimismo en cuanto a la **irrenunciabilidad** de los derechos previsionales dijo que: "...*el carácter de irrenunciable impone una obligatoriedad que no admite una voluntad en contrario, en cuanto al ingreso o a la incorporación de los particulares al sistema...*",²³ entonces el art. 14 bis de la Constitución Nacional es una **norma iure et de iure** en cuanto a las características de los derechos previsionales.

Es decir que, tenemos dos características que desde el punto de vista constitucional no son negociables.

Cabe recordar también que hay excepciones, como lo fue la Ley de Reparación Histórica- N° 27.260-, pero aún en ese caso, en esa ley, no se renunciaban a los derechos, porque si transcurrido dicho lapso de tiempo vuelve a sufrir el haber previsional un menoscabo tal que implique una nueva diferencia de ese 15 % antes reseñado, se podrá reclamar posteriormente, porque los derechos previsionales son irrenunciables e integrales.

Por consiguiente, no puedo subsistir, no me es integral, no me cubre las necesidades básicas e indispensables para vivir, como no renuncie a ese derecho, exijo a la justicia que se reajuste ese haber.

En este caso que nos ocupa lo que se pide es que se deje de descontar el impuesto a las ganancias del haber previsional, porque afecta la subsistencia del beneficiario/a, deja de ser integral o bien por considerar que ya tributó estando en actividad, por lo que al cesar la misma, no genera ningún tipo de renta o ganancia.

Entonces, ante la pregunta de si mi haber jubilatorio es integral o no, si afecta o no mi subsistencia, o si corresponde o no que pague ganancias estando en pasividad porque ya tribute en actividad, es en donde debemos pararnos a fin de analizar si la norma es o no constitucional, si choca o no con otras garantías constitucionales y si es así, si la solución debe ser la misma adoptada en el fallo "*García María Isabel*" para todo el universo de beneficiarios o bien se debe analizar caso por caso.

Es aquí donde la tesis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido cambiando, porque se han ido incorporando distintas variables, entre ellas, la edad, si tiene o no un certificado de discapacidad, el monto que percibe, el monto que se descuenta si es o no confiscatorio, los gastos por medicamentos, si tiene o no propiedades, si vive o no de rentas.

Estos interrogantes hacen que en situaciones poco claras de si afecta o no la subsistencia del beneficiario/a, o como lo decía anteriormente si ese haber previsional dejó de ser integral, es que se defina si las actuaciones serán abiertas a prueba o no y si por consiguiente se determinara la inconstitucionalidad o no de dicho impuesto.

A lo largo y a lo ancho del país se ha dictado su inconstitucionalidad, pero en la mayoría de los casos por cuestiones o argumentos diferentes que merece la pena analizar.

El fallo polémico si se quiere y controversial es el expediente que pertenece a la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, Juzgado Federal de Concepción del Uruguay N°2 N° 17789/15 en donde la CSJN con fecha 26/03/2019 en autos ***“García María Isabel c/ AFIP s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”*** dijo que: ***“...El art. 79 inc, c) de la ley 20628, en cuanto habilita la realización de descuentos sobre haberes previsionales por aplicación del impuesto a las ganancias, es inconstitucional, pues la jubilación es una suma en dinero que se ajusta a los parámetros constitucionales de integridad al haber sido constituida para subvenir a la totalidad de las necesidades que pueda tener una persona en ese período de vida y por ello no puede ser pasible de ningún tipo de imposición tributaria, pues de lo contrario se estaría desnaturalizando su sentido, con afectación del principio de igualdad y el derecho de propiedad...”***²⁴ (criterio sostenido por el mismo tribunal en la causa ***“Cuesta Jorge Antonio c/ AFIP s/ Acción de inconstitucionalidad”*** Expte N° 21005389/2013 del 29/04/2015) al decir: ***“La jubilación no es ganancia en la medida que carece de la habilitación necesaria para que una renta obtenida por una persona física pueda ser considerada de esa manera, debe reiterarse la inconstitucionalidad de la norma en examen en cuanto “ganancias” propiamente dicho implicaría rendimientos periódicos, permanentes y que provengan de una actividad productiva...”***(...) ***“... El jubilado no realiza actividad productiva alguna, y por lo tanto no hay productivo que gravar. Así debe entenderse e interpretarse, desde el momento que, para obtener su jubilación, debe cesar en su actividad productiva...”***²⁵

La Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes en autos ***“Dabat, Gladys Telma c/ AFIP s/ Amparo”*** se expresó de la siguiente manera: ***“... La jubilación por tratarse de una prestación de origen previsional no es ganancia sino una suma de dinero diferida, por los trabajos cumplidos mientras el interesado aportaba en actividad. Ello no es pasible de gravamen alguno, porque lo contrario implicaría desconocer el concepto de integral de la prestación. Implica efectivamente una doble imposición (porque ya pagó el impuesto a las ganancias estando en actividad), que contradice inclusive el fin último que debe guiar al Estado, en su tarea de recaudación. Dicho concepto integral de la jubilación, no puede ser objeto de afectación alguna (aún cuando este impuesto por la ley), en la medida que se vulneran las garantías establecidas en los arts. 16, 17, 31 y cctes de la CN...”***²⁶

La Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social Sala I en la causa ***“Pagani Pedro José c/ Anses s/ dependientes: otras prestaciones”*** se expresó al respecto de la siguiente manera: ***“...No es ganancia lo que se percibe por Jubilación, en cuanto tenga su origen en el trabajo personal. Por el contrario, implica el débito que tiene la sociedad, en su conjunto, que debe permitir al interesado de***

gozar de su jubileo, sin afectaciones impositivas de ninguna especie, máxime que en dicha etapa de la vida resulta extremadamente difícil neutralizar dicho impuesto, con otro tipo de tareas. **Precisamente la ley obliga al cese, al momento que le otorga la jubilación...**²⁷

Por otro lado la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia de la provincia de Chubut, con fecha 22/10/2019 confirmó la sentencia del Juzgado Federal de Rawson N°1 en la causa **“Barbarisi Hector Antonio C/ EN-PEN/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Expediente N° 4756/2016 con fecha 24/09/2019** dijo lo siguiente: **“...en vista a los porcentajes que para el actor implica la retención del impuesto a las ganancias entre los períodos mencionados, no advierto que el mismo afecte en exceso su derecho de propiedad al punto que pueda tacharse de inconstitucional...”**²⁸

La CSJN en la causa **“Dejeanne Oscar Alfredo c/AFIP s/ Amparo”** el 10/12/2013 dijo lo siguiente: **“Debe rechazarse la acción de amparo interpuesta por jubilados con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del art. 79 inc. c, de la ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias en cuanto el mencionado tributo alcanza sus haberes, habida cuenta que los reclamantes no logran demostrar que el actuar estatal adolezca de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, ni cuál es el perjuicio concreto que les produce en su esfera de derechos, dado que los montos cobrados a los actores son susceptibles de ser encuadrados sin dificultad dentro de los cánones de la mencionada normativa** y la configuración del gravamen decidida por el legislador involucra una cuestión ajena a la órbita del Poder Judicial, a quien no compete considerar la bondad de un sistema fiscal para buscar los tributos que requiere el erario público. (Del dictamen de la Procuración General, al que adhirió la mayoría.”²⁹

Nuevamente la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social el 16/05/2017 en autos **“Calderale Leonardo Gualberto c/ Anses s/ Reajustes varios”** dijo lo siguiente: **“Resulta contradictorio reconocer que los beneficios previsionales están protegidos por garantías constitucionales y a la vez tipificarlos como una renta, enriquecimiento, rendimiento o ganancia gravada por el propio Estado que es el máximo responsable de velar por la vigencia y efectividad de dichos principios (art. 14 bis de la Constitución Nacional). Asimismo deviene irrazonable y carente de toda lógica jurídica asimilar o equiparar las prestaciones de la seguridad social a rendimientos, rentas o, enriquecimientos obtenidos como derivación de alguna actividad con fines de lucro de carácter empresarial, mercantil o de negocios, que la ley tipifica con lujo de detalles en su articulado.”**³⁰

En los diferentes fallos mencionados se pueden deducir varias cuestiones: en primer lugar, se involucra en materia previsional la materia tributaria por la imposición de un impuesto o tributo en el haber de las prestaciones, pero que no deja de ser materia previsional cuando el mismo afecta el haber del jubilado/a o

pensionado/a; en segundo lugar, vemos como se pondera en algunos casos el requisito de la confiscatoriedad como elemento ineludible para tachar la norma de inconstitucional y como último requisito, aquel que tiene más peso por el momento y es aquel en donde se interpreta la aplicación de dicha norma como contradictoria de las garantías consagradas en la Constitución Nacional y tratados internacionales consagrados en el art.75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

3.-El principio de división de poderes puesto en crisis

El impuesto a las ganancias surge en el año 1932 a raíz del Decreto-Ley N° 11586 del 19 de enero impulsado por el subsecretario de hacienda Prebisch del presidente de facto JOSE FELIX URIBURU, el primer dictador argentino del siglo XX.

Agustín P. Justo, con la formalidad de la sanción de un Congreso marcado por el fraude, le dio sustento legislativo a través de la Ley N° 11.682, que estableció la vigencia del impuesto hasta el 31 de diciembre de 1934.³¹

En el año 1973 se sancionó la Ley N° 20.628 y en el año 1997 a través del decreto 649/97 ese texto fue ordenado. En el mismo se dijo que, quedan exceptuados de tributar ganancias

Art. 20: Inc. i) “...*los intereses reconocidos en sede judicial o administrativa como accesorios de créditos laborales...*”

Inc. v) “... *Los montos provenientes de actualizaciones de créditos de cualquier origen o naturaleza. En el caso de actualizaciones correspondientes a créditos configurados por ganancias que deban ser imputadas por el sistema de lo percibido, solo procederá la exención por las actualizaciones posteriores a la fecha en que corresponda su imputación. A los fines precedentes, las diferencias, las diferencias de cambio se considerarán incluidas en este inciso...*” y tributan ganancias; (hoy art. 26 inc. i) del decreto 484/2019);

Art. 79 inc. c) lo siguiente: “...*Constituyen ganancias de cuarta categoría las provenientes:...*” c) *De las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal y en la medida que hayan estado sujeto al pago del impuesto, y de los consejeros de las sociedades cooperativas. (Inciso sustituido por art. 1° pto. 5 de la Ley N° 27.346 B.O. 27/12/2016. Vigencia: a partir de su publicación en el Boletín Oficial y surtirá efecto a partir del año fiscal 2017, inclusive)...*”³² (hoy art. 82 del decreto 484/2019).

En este aspecto quiero hacer hincapié en el requisito que debe primar al momento de declarar la inconstitucionalidad del art. 79 inc. c) de la Ley N° 20.628 t.o en 1997 (hoy art. 82) y es aquel que no presenta mayores dificultades, porque es en donde estamos todos de acuerdo, que es en la integralidad del haber previsional. Ahora bien, si ese haber previsional no llega a ser integral, no cubre las contingencias para lo cual fue creado, entonces choca con las garantías constitucionales, pero si no hay ningún agravio comprobable hoy se tributa ganancias como lo establece el artículo antes reseñado.

En este aspecto diré que, si la discusión radica en si es o no ganancia el beneficio de jubilación o de pensión, entonces estamos entrando en una esfera que es propia del Poder Legislativo y que el Poder Judicial no puede inmiscuirse, porque estaría violentando el principio constitucional de la división de poderes.³³ En este sentido, en el fallo que nos convoca, el presidente de la CSJN el Dr- Rosenkrantz quien voto en disidencia, se expresaba en ella de la siguiente manera considerando 6):

*“Conforme al principio de la división de poderes y lo reglado por los arts. 4º, 17 y 75 de la Constitución Nacional, es el Congreso quien tiene la atribución de elegir los objetos imponibles, determinar las finalidades de percepción y disponer los modos de evaluación de los bienes o cosas sometidos a gravamen, siempre que en tal labor no se infringan derechos constitucionales”*³⁴

Cabe destacar la labor del poder legislativo en este aspecto luego del fallo dictado por la CSJN ***“García María Isabel C/ Afip S/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”*** del 26 de mayo del 2019, en donde dicho órgano estatal con fecha 15/11/2019 redactó un proyecto de ley cuyo expediente es el N° 5151- D. 2019 cuyo sumario dice lo siguiente ***“IMPUESTO A LAS GANANCIAS -LEY 20628-. MODIFICACIONES, SOBRE EXENCION DEL PAGO DEL IMPUESTO A LAS GANANCIAS A JUBILADOS Y PENSIONADOS DE TODO EL TERRITORIO NACIONAL”***, donde se hace mención a otro fallo dictado por el Alto Tribunal con anterioridad a García María Isabel, en donde se dijo lo siguiente: ***“Esta Corte ha sostenido, desde sus orígenes, que las jubilaciones y pensiones no constituyen una gracia o un favor concedido por el Estado, sino que son consecuencia de la remuneración que sus titulares percibían como contraprestación laboral y con referencia a la cual efectuaron sus aportes y como débito de la comunidad por dichos servicios, por lo que una vez acordadas configuran derechos incorporados al patrimonio y ninguna ley posterior podría abrogarlos más allá de lo razonable, pues encuentran como valla infranqueable expresas garantías de orden constitucional (Fallos: 289:430; 292:447; 293:26, 94; 294:83; 310:991; 311:530, entre otros); y profundiza luego al afirmar que Sus titulares son ciudadanos y habitantes que al concluir su vida laboral supeditan su sustento, en principio absolutamente, a la efectiva percepción de las prestaciones que por mandato constitucional le corresponde”*** (CSJN, ***“Rolón Zappa, Víctor Francisco s/ Queja”***).³⁵

En este fallo mencionado precedentemente es en donde apunta el fundamento de dicho proyecto de ley.

Conclusiones

Además de las conclusiones individuales que fui haciendo a lo largo de cada ítem, finalizaré con una frase para la reflexión y más teniendo en cuenta que si todo el universo de beneficiarios que supera los seis haberes mínimos deja de tributar ganancias, el Estado se volvería más deficitario aún de lo que está, pero

es una carga y responsabilidad que debe asumir el Poder Legislativo y no el Poder Judicial, pues de lo contrario sucederá lo que manifiestan estas palabras: ***“Si la política del Gobierno acerca de cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo, ha de ser irrevocablemente fijada por las sentencias de la Suprema Corte, en el instante de dictarse las mismas en juicios ordinarios entre partes dirimiendo acciones personales, el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, habiendo renunciado prácticamente en esa extensión a su gobierno, a favor de ese eminente Tribunal”***.³⁶

Por ello, para que esto no ocurra, el pueblo argentino a través de sus representantes dejó expresado en la Constitución Nacional del año 1994 el principio de la división de poderes y la forma de gobierno, *Representativa Republicana y Federal*.

A raíz de esta frase y en el contexto social en el que nos encontramos actualmente,- recuérdese que el día 11 de marzo del año 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID- 19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4281 afectando hasta ese momento a 110 países-, el Poder Ejecutivo Nacional mediante el decreto N° 297/2020 de necesidad y urgencia ordenó a toda la población a fin de proteger la Salud Pública la medida de **“aislamiento social, preventivo y obligatorio”**, **desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive, plazo que fue prorrogado en diferentes decretos y que al día de la fecha dicha medida persiste**.³⁷

Ante estas disposiciones se frenó la actividad productiva, se produjo un parate en la economía, lo que lleva a pensar que estamos transitando una de las crisis económicas más fuertes que nos ha tocado vivir en la Historia Argentina. Por ello, ante tal magnitud de problema, teniendo en cuenta el impacto económico que dejará el COVID-19 y más precisamente en los haberes previsionales, es necesario que el Congreso Nacional a fin de evitar mayor litigiosidad de la existente de respuestas a este grupo vulnerable en forma inmediata y se incorpore como tema a tratar en las próximas sesiones del Congreso, más teniendo en cuenta una frase del proyecto de ley que no merece demora alguna y dice: ***“Todo esto permite fundamentar la necesidad de llevar adelante la modificación normativa señalada, teniendo como objetivo principal readecuar la pretensión fiscal del estado argentino en cumplimiento de mandas internacionales sobre derechos humanos asumidas; y orientar todo el actuar de nuestro estado según un criterio de responsabilidad y sensibilidad social y humanitaria”*** y agrego, más precisamente, para no violentar el principio de división de poderes, garantía constitucional suprema que debe estar presente como directriz de un estado democrático.³⁸

1 Sistema de Consulta Web- Poder Judicial de la Nación <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>

- 2 CFSS Sala I Expte N° 021163/98 Autos: “Castañeira Darma Emilia c/ Anses s/ Ejecución previsional” del 11/10/2007 Sistema de Consulta Web- Poder Judicial de la Nación <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>
- 3 CFSS Sala I Expte N° 002714/1997 Autos: “Galliano Gregorio c/ Anses s/ Ejecución previsional” del 4/04/2008 Sistema de Consulta Web- Poder Judicial de la Nación <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>
- 4 CFSS Sala II Expte N° 535017/1996 Autos: “Vicente Elisa Nelida c/ Anses s/ Ejecución previsional” del 26/02/2010 Sistema de Consulta Web- Poder Judicial de la Nación <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>
- 5 CFSS Sala Sala III Expte N° 0369903/1998 Autos: “Macri Francisco c/ Anses s/ Ejecución previsional” del 28/12/2009 Sistema de Consulta Web- Poder Judicial de la Nación <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>
- 6 Ley N° 20.628 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>
- 7 Página Web <https://rabbibaldicabanillas.com/wp-content/uploads/FALLO-CORRALES-MARIA-DEL-CARMEN.pdf>
- 8 Sistema de Consulta Web- Poder Judicial de la Nación <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>
- 9 Boletines de jurisprudencia del Fuero de la Seguridad Social N° 67, Año 2019./ Secretaria de Jurisprudencia/ (mail cfsegsoc.jurisprudencia@pjn.gov.ar)
- 10 CSJN Autos “García María Isabel c/ AFIP S/Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” del 26/05/2019
- 11 Página Web Oficial de ANSES <https://www.anses.gob.ar/tramite/impuesto-las-ganancias-para-jubilados-y-pensionados>
- 12 CSJN Autos “Dejeanne Oscar Alfredo C/AFIP S/ AMPARO” del 10/12/2013.
- 13 CSJN Autos “García María Isabel c/ AFIP S/Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” del 26/05/2019
- 14 CSJN Autos “Candy S.A. c/ AFIP y otro s/ Acción de amparo” Considerando 7º del 03/07/2009.
- 15 Real Academia Española <https://dle.rae.es/integral?m=form>
- 16 Etala Carlos Alberto “Derecho de la Seguridad Social”, Ciudad de Buenos Aires, ED. Astrea, Año 2008, pág.32-Convención Nacional Constituyente, 1957, Diario de sesiones, t, II, p.1473 a 1479
- 17 Sistema de Consulta Web- Poder Judicial de la Nación <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>
- 18 http://www.saij.gov.ar/camara-federal-seguridad-social-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-hartmann-gabriel-leonidio-anses-reajustes-varios-fa18310007-2018-09-19/123456789-700-0138-1ots-eupmocsollaf?utm_source=newslettersemanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=jurisprudencia-federal
- 19 <https://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-194200327.pdf> file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/fallo%20(4).pdf
- 20 <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=669169&cache=1504285001527>
- 21 Fallo CSJN “Quiroga Carlos Alberto c/ Anses s/ Reajustes Varios” file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/14000172.pdf

- 22 Etala Carlos Alberto , *Derecho de la Seguridad Social*, Ciudad de Buenos Aires, Ed. Astrea, Año 2008, pág.32; Bidart Campos, *Principios Constitucionales*, TSS, 1981-481
- 23 Etala Carlos Alberto, *Derecho de la Seguridad Social*, Ciudad de Buenos Aires, Ed. Astrea, Año 2008, pág.32; Cordini ,*Derecho de la Seguridad Social*, p. 41; Bidart Campos, *Principios Constitucionales*, TSS, 1981-481
- 24 CSJN Autos “García María Isabel c/ AFIP S/Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Expte. FPA N° 7789/2015 del 26/05/2019
- 25 CSJN Autos “Cuesta Jorge Antonio c/ AFIP s/ Acción de inconstitucionalidad” Expte N° 21005389/2013 del 29/04/2015
- 26 Sistema de Consulta Web- Poder Judicial de la Nación <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>
- 27 Sistema de Consulta Web- Poder Judicial de la Nación <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>
- 28 Sistema de Consulta Web- Poder Judicial de la Nación <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>
- 29 CSJN, Autos “Dejeanne Oscar Alfredo c/AFIP s/ Amparo” del 10/12/2013 <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-dejeanne-oscar-alfredo-otro-administracion-federal-ingresos-publicos-afip-amparo-fa13000202-2013-12-10/123456789-202-0003-1ots-eupmocsollaf>
- 30 CFSS Sala II Expte. N° 17477/12 “Calderale Leonardo Gualberto c/ Anses s/ Reajustes varios” 16/05/2017 Sistema de Consulta Web- Poder Judicial de la Nación <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>
- 31 <https://www.losandes.com.ar/article/ganancias-un-impuesto-que-nacio-hace-83-anos>
- 32 Ley N° 20.628 <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/17699/norma.htm>
- 33 CN, Art. 49
- 34 CSJN Autos “García María Isabel c/ AFIP S/Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Expte. FPA N° 7789/2015 del 26/05/2019
- 35 <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>
<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5151-D-2019&tipo=LEY>
- 36 Corwin, Edward S., *La Constitución norteamericana y su significado actual*, trad. de Rafael Demaría (Buenos Aires 1942). Ed. Kraft, p. 140/1. En este caso, cabe aclararlo, Lincoln parece estar refiriéndose al tema de las cuestiones políticas no justiciables (political questions)
- 37 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>
- 38 <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>
<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5151-D-2019&tipo=LEY>